

Rettigheter ved bruk av varemerker i søkemotorer og på markedsplasser på Internett



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 705

Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 11 753 ord

25.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Oppgavens videre oppbygning	5
1.3	Begreper	5
1.4	Rettskilder	6
1.4.1	Norske rettskilder	6
1.4.2	EU- og EØS-kilder	6
1.5	De mest sentrale dommene i oppgaven	8
1.5.1	Google-saken – De forente sakene C-236/08 til C-238/08	8
1.5.2	Interflora-saken – C-323/09	9
1.5.3	eBay-saken – C-324/09	9
<u>2</u>	<u>”BRUK” AV VAREMERKER</u>	<u>10</u>
2.1	Innledning	10
2.2	Bruk i næringsvirksomhet	11
2.3	Bruk som kjennetegn for varer og tjenester	13
2.4	Varemerkebeskyttelsens tre kategorier av krenkelser	14
2.4.1	Identiske kjennetegn for samme vare eller tjeneste. Vml. § 4 første ledd bokstav a), jf. varemerkedirektivet art. 5 (1) (a).	14
2.4.2	Ikke-identiske varemerker med fare for forveksling. Vml. § 4 første ledd bokstav b).	17

2.4.3	Kodakregelen. Vml. § 4 annet ledd, jf varemerkedirektivet art. 5 (2).	18
<u>3</u>	<u>FORHOLDET MELLOM MERKEHAVEREN OG TJENESTETILBYDEREN</u>	<u>19</u>
3.1	Innledning	19
3.2	Bruk i næringsvirksomhet	19
3.3	Markedsplassens bruk av søkeordsbasert annonsering	20
3.4	Ehandelsloven § 18, jf e-handelsdirektivet art. 14. Ansvarsfrihet for visse lagringstjenester	23
<u>4</u>	<u>FORHOLDET MELLOM MERKEHAVEREN OG ANNONSØREN</u>	<u>29</u>
4.1	Bruk i næringsvirksomhet ”for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for”	29
4.1.1	Varemerkets funksjoner	30
4.1.2	Opprinnelsesfunksjonen	30
4.1.3	Reklamefunksjonen	34
4.1.4	Investeringsfunksjonen	35
4.2	Velkjente varemerker	36
4.3	”Brakt i omsetning på EØS-markedet. Konsumpsjon av varemerkeretten, vml. § 6 jf. varemerkedirektivet art. 7 (1).	37
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>40</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>43</u>
6.1	Bøker	43
6.2	Artikler	43
6.3	Lover	43

6.4	Internasjonale traktater og direktiver	43
6.5	Forarbeider	44
6.6	Dommer	44
6.7	Nettsider	46
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er rettigheter ved bruk av varemerker i søkemotorer og på markedsplasser på Internett i lys av nyere praksis fra EU-Domstolen.

23. mars 2010 avsa EU-Domstolen dom i storkammer i den såkalte Google-saken.¹ Saken hadde to hovedproblemstillinger. Den første dreide seg om i hvilken grad Google som tjenestetilbyder på Internett kunne holdes ansvarlig for at annonsører hadde registrert andres varemerker som oppslagsord for deres annonser i AdWords. Den andre problemstillingen gjaldt hvorvidt annonsørene hadde brukt andres varemerker på en slik måte at varemerkeretten kunne anses krenket og merkehaveren kunne forby bruken. Dette er den første av flere saker som dreier seg om bruk av varemerker i forbindelse med annonsering i søkemotorer.

Google er et Internett- og programvarefirma hvis mest populære tjeneste er verdens mest brukte søkemotor.² Når en bruker skriver inn ett eller flere ord i søkemotoren får han eller hun opp en liste over nettsider som Google mener er mest relevante for de søkeordene brukeren har valgt.

Desktop Search Engine Market Share

March, 2012



Search Engine	Total Market Share
Google - Global	79.86%
Yahoo - Global	6.79%
Baidu	6.48%
Bing	4.56%
Ask - Global	0.56%
AOL - Global	0.40%
Excite - Global	0.02%
Lycos - Global	0.01%

¹ C-236/08–C-238/06 – Google.

² Search Engine Market Share for March 2012, <http://marketshare.hitslink.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4> [Sitert 24. April 2012].

Dette kalles de ”naturlige resultatene” og det koster ikke eierne av disse nettsidene noe å havne på denne listen. Google kjører kontinuerlig programmer for å indeksere innholdet på Internett. Det er dette som er grunnlaget for rangeringen av søkeresultater i søkemotoren. Resultatene analyseres på flere måter for at brukeren skal få de mest relevante resultatene øverst på listen over resultater. Disse inkluderer hvor mange, og hvilke andre sider som lenker til siden.³

Google tilbyr en annonsetjeneste kalt AdWords som tilbyr søkeordsbasert reklame. På Googles teknologioversikt er AdWords beskrevet slik:

”Ved hjelp av AdWords kan annonsører for eksempel velge ord og uttrykk som er relevante for sin virksomhet, som søkeord. Når folk søker på Google, kan det hende relevante annonser vises sammen med søkeresultatene. Vi bruker en auksjon til å prise disse annonsene, som kjøres automatisk hver gang en bruker angir et søk. Annonsører betaler bare når en bruker klikker på deres annonse, og systemet vårt garanterer at de betaler minimumsbeløpet som er nødvendig for å opprettholde annonsens plassering. De kan også umiddelbart spore resultatene av kampanjene sine.”⁴

³ Googles teknologioversikt, <http://www.google.no/intl/no/about/corporate/company/tech.html> [Sitert 24. april 2012]

⁴ Googles teknologioversikt, <http://www.google.no/intl/no/about/corporate/company/tech.html> [Sitert 24. april 2012] For ytterligere informasjon se Googles sider om AdWords https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adwords&hl=no_NO<mpl=regionalc&passive=true&iffr=false&alwf=true&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone%26ltmpl%3Dregionalc&sacu=1&sarp=1&sourceid=awo&subid=no-no-et-symh [Sitert 24. april 2012]

Annonsene er Googles viktigste inntektskilde.⁵ Det betyr at en annonsør kan knytte sin annonse til bestemte søkeord slik at annonsen vises over eller til høyre for de naturlige resultatene når noen bruker akkurat de søkeordene. Annonsøren betaler for hvert klikk annonsen får. Det er naturligvis mange som kan være interessert i de samme søkeordene, og det er ingenting som hindrer at folk betaler for de samme søkeordene. Annonsørene velger en "makspris per klikk" som de er villige til å betale, og de som betaler mest kommer øverst på listen av annonser. Den faktiske prisen er en funksjon av maksprisen og maksprisen de andre annonsørene har satt. Men det er ikke bare prisen som avgjør hvor høyt annonsen din kommer på listen. Google har også en kvalitetssjekk av annonsen som gir den en "quality score". Denne bestemmes av tidligere klikk på annonsen og relevansen mellom søkeordene og annonseteksten. For å få best mulig plassering kan en annonsør øke maksprisen han er villig til å betale og øke kvaliteten på annonsen, dels for å få flere klikk og dels for å få en bedre "quality score".⁶

De varemerkerettslige problemene oppstår når næringsdrivende betaler for søkeord som består av andres beskyttede varemerker. Problemene knyttet til søkeordsbasert reklame, og online markeds plasser, skiller seg fra de vanlige varemerkekonfliktene ved at det er en tredjepart involvert, tilbyderer av annonsetjenesten. Det betyr at det kan oppstå to parallelle konflikter, en mellom merkehaveren og annonsøren som kjøper av søkeordene og en mellom merkehaveren og søkemotoren som tilbyr tjenesten som gjør varemerkekrenkelsen mulig. Det er så store verdier forbundet med denne typen annonsering er rettighetene til varemerker, og det er derfor sterke interesser som har ønsket en avklaring av rettstilstanden på dette området.⁷

⁵ Googles årsrapport 2011 side 56,
<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000119312512025336/d260164d10k.htm> [Sitert 24. april 2012] Annonser står for ca. 95 % av inntektene der ca. 2/3 kommer fra Googles egne nettsider og ca. 1/3 kommer fra nettsider i Google Network. The Google Network er en stor gruppe nettsider som samarbeider med Google om å vise AdWords annonser.

⁶ Riis (2010) s. 247.

⁷ Riis (2010) s. 247.

12. juli 2011 avsa EU-Domstolen dom i storkammer i eBay-saken⁸. Saken tok for seg mange av de samme problemstillingene som Google-saken, men her angående bruk av varemerker på markeds plasser på Internett. Også i denne saken problematiseres markeds plassens rolle i varemerkekrenkelsen som tjenesteleverandør og selgernes ansvar.

eBay er verdens nest største salgsnettside på Internett etter Amazon, og den største online markeds plassen der brukerne kan legge ut varer for salg.

Amazon and eBay lead in global traffic to e-commerce sites



Amazon and eBay attract the most unique visitors each month to their global e-commerce sites. China's Alibaba is third and Japan's Rakuten fifth.

Source: comScore, June 2011

Lov om beskyttelse av varemerker (heretter varemerkeloven eller vml.) § 4 første og annet ledd lyder:

”Varemerkeretten innebærer at ingen uten samtykke fra innehaveren av varemerkeretten (merkehaveren) i næringsvirksomhet kan bruke:

- a) tegn som er identisk med varemerket for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for
- b) tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller lignende slag, såfremt det er risiko for forveksling, for eksempel ved at bruken av tegnet kan gi inntrykk av at de finnes en forbindelse mellom tegnet og varemerket.

⁸ C-324/09 – eBay.

For et varemerke som er velkjent her i riket, innebærer varemerkeretten at ingen uten samtykke fra merkehaveren kan bruke et tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller annet slag, hvis bruken ville medføre en urimelig utnyttelse av eller skade på det velkjente varemerkets særpreg eller anseelse (goodwill).”

Tredje og fjerde inneholder en ikke-uttømmende liste over hva som anses som bruk.

Temaet for oppgaven kan deles i tre deler. Først vil jeg se på hva som skal til for at et varemerke anses ”brukt” etter varemerkeloven. Deretter vil jeg undersøke hva som regnes for ”bruk” i søkemotorer og på markeds plasser på Internett. Her skilles det mellom merkehaverens forhold til tjenesteyteren og til annonsøren. Det sentrale spørsmålet er om merkehaveren kan motsette seg andres bruk av hans varemerker på Internett og hvem som evt. er ansvarlig for slik bruk.

1.2 Oppgavens videre oppbygning

Kapittel 2 gir en grunnleggende fremstilling av bruk av varemerker i henhold til varemerkeloven § 4.

Kapittel 3 omhandler forholdet mellom tjenesteleverandøren og merkehaveren.

Kapittel 4 omhandler forholdet mellom annonsøren og merkehaveren.

1.3 Begreper

I denne oppgaven er det ikke problematisert om varemerkene er registrert eller kan ha beskyttelse uten registrering. Det forutsettes at varemerkene som omhandles er lovlig registrert.

Etter ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten 1. desember 2009, endret Det Europeiske Fellesskaps Domstol (EF-Domstolen) navn til Den Europeiske Unions Domstol (EU-Domstolen). Domstolens jurisdiksjon ble på dette tidspunkt utvidet til å gjelde hele EU-retten, med mindre annet er uttrykkelig bestemt i traktatene, i forbindelse med at Den Europeiske Union ble en juridisk person og at ”søylestrukturen” fra Maastricht-

traktaten ble fjernet. De sentrale dommene som vil bli diskutert i denne oppgaven er avsagt etter dette tidspunkt, og jeg vil som regel omtale Domstolen som enten EU-Domstolen eller kun Domstolen. Der det vil være korrekt, vil Domstolen omtales som EF-Domstolen.

1.4 Rettskilder

1.4.1 Norske rettskilder

Utgangspunktet for en vurdering av bruk av varemerker er varemerkeloven. I 2010 ble ny varemerkelov vedtatt (26. mars) og satt i kraft (1. juli). Lovendringen innebar en generell teknisk revisjon og modernisering av den gamle varemerkeloven fra 1961 samt en mer detaljert tilpasning av de norske bestemmelsene til blant annet det da gjeldende varemerkedirektiv (89/104/EØF), jf. Ot.prp.nr.98 (2008-2009) s. 5. Lovendringen medførte ikke vesentlige materielle endringer på varemerkerettens område.

For tjenestetilbyderne på Internett er også ehandelsloven regler i § 18 om ansvarsfrihet for visse lagringstjenester relevante. Ehandelsloven er basert på e-handelsdirektivet (2000/31/EF). Formålet med loven er å fri bevegelighet av informasjonssamfunnstjenester innenfor EØS, jf § 1 annet punktum. Loven ble vedtatt og satt i kraft i 2003, men direktivets kapittel om tjenesteytende mellommanns ansvarsfrihet ble ikke innført før i 2004. E-handelsdirektivets regler om ansvarsfrihet er minimumsregler og det er mulig for det enkelte land å gi større ansvarsfrihet enn det som kreves i direktivet. For art. 12, 13 og 15 er det ikke gjort bruk av denne muligheten, og det er kun mindre språklige forandringer fra direktivet. For art. 14 er det foretatt nasjonale tilpasninger, men de ”rettslige hensyn som ligger bak artikkelens krav reflekteres i lovforslaget”, jf. Ot.prp.nr.4 (2003-2004) s. 5.

Når det gjelder rettspraksis er det ikke avsagt noen dommer som er relevante for denne oppgaven i Norge.

1.4.2 EU- og EØS-kilder

Varemerkedirektivet fra 2008 (2008/95/EC), er et fullharmoniseringsdirektiv og har derfor til hensikt å skape rettslikhet i medlemslandene. Vilåårene og rettsvirkningene av

varemerkeregistrering skal være like i alle statene. Dette går frem av direktivets fortale pkt. 1, se også C-273/00 Sieckmann premiss 36 og C-40/01 MINIMAX premiss 26. Direktivet gjelder ikke alle områder av varemerkeretten, men er begrenset til å gjelde registreringssøknader og registrerte varemerker. Direktivet gir dessuten uttrykkelig frihet til medlemsstatene i noen spørsmål, for eksempel art. 5 (2) om velkjente varemerker og art. 5 (5) om beskyttelse mot bruk av varemerker til andre formål enn å skille mellom varer og tjenester. På de områdene direktivet slår inn krever det derimot ubetinget etterfølgelse.⁹

EØS-avtalen gjelder som norsk lov ifølge EØS-loven § 1. Etter EØS-avtalen art. 129 nr. 1 tredje ledd har alle språkversjoner av rettsaktene samme gyldighet hos avtalepartene. Det er derfor ikke avgjørende at det foreløpig ikke finnes en offisiell oversettelse av varemerkedirektivet. Siden det er en kodifikasjon av det foregående direktivet har dette ikke avgjørende betydning og man kan stort sett bruke den gamle oversettelsen. Jeg har likevel valgt å bruke den engelske versjonen når jeg siterer direkte fra direktivet. Direktivets ordlyd har ikke like stor vekt som den vanligvis har etter alminnelig, norsk rettskildelære. Dette begrunnes blant annet med at variasjoner mellom språkversjonene åpner for tvil. I slike tilfeller vil direktivets formål og egne tolkninger som kan utledes av fortalen få betydelig vekt.¹⁰ Av hensyn til rettsenheten er det viktig å konsultere varemerkedirektivet ved tolkningen av de delene av varemerkeloven som er basert på dette. Ved uklarhet er det aktuelt å sammenlikne ulike språkversjoner.

EUs rådsforordning 207/2009 regulerer EUs fellesskapsvaremerker. Forordningen gjelder som lov i alle EU-land, men ikke i EFTA-landene, og det finnes dermed ikke en norsk oversettelse av forordningen. Forordningens art. 9 (1) og (2) er sammenfallende med varemerkedirektivet art. 5 (1) til (3). Innholdet i varemerkedirektivet art. 5 (2) om velkjente varemerker finnes i forordningens art. 9 (1) (c) da det ikke er aktuelt å gi medlemsstatene frihet til å velge bort denne regelen for varemerker som er registrert for

⁹ Kjennetegnsrett s. 30.

¹⁰ Kjennetegnsrett s. 31.

alle medlemslandene. Ellers er innholdet likelydende, og EU-domstolen tolker direktivet og forordningen likt når det gjelder innholdet av varemerkeretten.

E-handelsdirektivet¹¹ er et minimumsdirektiv som har til formål "... å skape en rettslig ramme som sikrer fri bevegelighet for informasjonssamfunnstjenester mellom medlemsstatene...", jf. fortalens avsnitt 8.

Etter EØS-avtalens art. 6 er Norge også forpliktet til å følge avgjørelser fra EU-domstolen avsagt før avtalens inngåelse, altså 2. mai 1992. Dommer avsagt på et senere tidspunkt vil være sentrale rettskilder for tolkningen av direktiver, jf. Rt. 1997 s. 1954 midt på side 1960. I samme avsnitt slår også Høyesterett fast at rettspraksis fra EU/EF-Domstolen får direkte betydning for hva som er norsk rett, når de norske reglene er utformet med den hensikt å implementere et direktiv. Den nevnte saken gjaldt arbeidsrett, men Høyesterett har bekreftet denne vektleggingen av EU-Domstolens praksis på varemerkerettens område i Rt. 2002 s. 391 på side 395–396. Dette betyr at på de områder der det finnes praksis fra EU-domstolen, vil denne som regel ha avgjørende betydning for tolkningen av direktivet. Høyesterett, og underliggende domstoler, vil i saker som er behandlet av EU-domstolen som regel legge større vekt på dennes tolkning av direktivet enn på tradisjonelle norske rettskilder som lovtekst, Høyesteretts egen praksis, forarbeider o.s.v.

1.5 De mest sentrale dommene i oppgaven

1.5.1 Google-saken – De forente sakene C-236/08 til C-238/08

De tre sakene som ble forelagt av den franske høyesterett hadde litt forskjellig saksforhold

Sak C-236/08 gjelder Louis Vuitton. Louis Vuitton innehar fellesskapsmerket Vuitton og flere nasjonale varemerker i Frankrike. Det er ikke bestridt av partene at Louis Vuitton har en viss status og anerkjennelse som merkevare. I begynnelsen av 2003 oppdaget Louis Vuitton at man fikk opp annonser for nettsider som solgte

¹¹ Direktiv 2000/31/EF.

forfalskninger og etterlikninger av deres produkter når man brukte deres varemerker som søkeord. Det gjaldt også hvis man la til ord som ”imitation” og ”copy” i søket.

Sak C-237/08 gjelder Viaticum som er innehaver av flere varemerker registrert til reisearrangørtjenester, blant annet Bourse des Vols og BDV, og Luteciel som har ansvaret for Viaticums nettsider. De oppdaget at ved å bruke Viaticums varemerker som søkeord fikk man opp annonser for deres konkurrenter under ”Sponsored links”.

Sak C-238/08 gjelder varemerket ”Eurochallenges” som blant annet er registrert for ekteskapsbyråer. Som i C-237/08 fikk man opp annonser for Eurochallenges konkurrenter dersom man brukte dette som søkeord. Det er klart at Google gir konkurrentene muligheten til dette gjennom AdWords.

1.5.2 Interflora-saken – C-323/09

Interflora er et aksjeselskap registrert i USA som driver et internasjonalt blomsterleveringsnettverk. Det er lisensierte datterselskaper i de landene der Interflora opererer, og det er i denne saken den britiske avdelingen som er part. INTERFLORA er et registrert nasjonalt varemerke i Storbritannia og et registrert ”Community trade mark” i EU. Det er enighet mellom partene om at dette varemerket er velkjent på område for blomsterleveranser.

Marks & Spencer (M&S) er en av de største aktørene i detaljmarket i Storbritannia, og de driver også en tjeneste for blomsterleveranser som konkurrerer med Interflora. M&S registrerte ordet ”Interflora” alene og sammen med andre relevante ord som søkeord i Google AdWords for sin annonse for blomsterleveringstjenesten. Annonseteksten inneholdt ikke ordet Interflora, men annonsen ble vist når noen søkte på Interflora i Google.

1.5.3 eBay-saken – C-324/09

12. juli 2011 avsa EU-domstolen dom i saken mellom L’Oréal med datterselskaper mot eBay og syv fysiske personer Etter å ha kontaktet eBay angående utstrakt misbruk av deres varemerker på eBays europeiske nettsider uten å få noe tilfredsstillende svar brakte L’Oréal saken inn for flere europeiske domstoler før den kom opp i

Storbritannia. L'Oréal anførte at eBay og de individuelle partene var ansvarlige for salget av 17 produkter som krenket deres varemerker "Amor Amor" og "Lancôme". To av disse produktene var forfalskninger. De øvrige produktene var produkter som ikke var ment for salg, som prøveprodukter og refillenheter, og produkter med varemerker ment for salg i Nord-Amerika og ikke i EØS. Dessuten var noen av produktene solgt uten emballasje.¹²

Videre anførte L'Oréal at eBay måtte holdes ansvarlig for bruken av L'Oréals varemerker der de vises på eBays nettsider og der sponsede annonser vises på nettsidene til søkemotorer som Google ved bruk av søkeord som tilsvarende L'Oréals varemerker.

2 "Bruk" av varemerker

2.1 Innledning

Utgangspunktet i varemerkeretten er at når man registrerer et varemerke "har dets innehaver ret til at bruke det, som det passer ham".¹³ Denne retten til å bruke eget varemerke gjelder likevel bare "så langt andres rettigheter ikke er til hinder for det".¹⁴ Mer praktisk viktig er eneretten til bruk av varemerket som kan leses ut av vml. § 1 første ledd, samt varemerkedirektivet art. 5 (1) ("exclusive rights"). Vml. § 4 og art. 5 gir en nærmere beskrivelse av hva denne eneretten innebærer. Dette inkluderer blant annet muligheten til å nekte andre å bruke varemerket.

For at varemerkeretten skal anses for krenket må fire kumulative vilkår være oppfylt, hvorav det siste har tre alternativer. De to første vilkårene er at "ingen *uten samtykke*

¹² eBay, premiss 32-36.

¹³ C-553/06 O2 Holdings, premiss 66.

¹⁴ Kjennetegnsrett s. 279.

fra innehaveren av varemerkeretten (merkehaveren) i næringsvirksomhet kan bruke” et varemerke, jf. vml. § 4 første ledd. Vilåret om at bruk må ha skjedd uten merkehaverens samtykke byr sjelden på problemer, da dette er forutsetningen for at det i det hele tatt er en konflikt. Man kan tenke seg situasjoner der en tredjeperson har trodd han har hatt merkehaverens samtykke, men det er ikke her den største andelen av konfliktene er. Hva som regnes som næringsvirksomhet drøftes i kap. 2.2. Videre må varemerket være brukt ”for varer eller tjenester”. Det er i dette vilåret oppgavens hovedproblemstilling befinner seg, og temaet vil behandles grundig i kapittel 3 og 4. I kap. 2.3 vil det bli gjort en grunnleggende introduksjon i dette. Til slutt er det tre kategorier kjennetegn der et av dem må være oppfylt for at det skal være snakk om en varemerkekrenkelse. Disse kategoriene er:

1. Identiske kjennetegn for samme varer eller tjenester, kap. 2.4.1
2. Ikke-identiske kjennetegn med fare for forveksling, kap. 2.4.2
3. Velkjente varemerker eller Kodakregelen, kap. 2.4.3

2.2 Bruk i næringsvirksomhet

Det er kun bruk av varemerker i næringsvirksomhet som er regulert av vml. § 4 første ledd (direktivet art. 5 (1) ”in the course of trade”). Det betyr at privatpersoner ikke rammes av varemerkelovgivningen dersom de ”bruker” varemerker på en måte som ellers ville falle inn under lovgivningen. En privatperson kan derimot rammes av blant annet avtale- og kontraktrettslige regler dersom han selger en vare som gir inntrykk av å være en bestemt merkevare, uten å være det, og ikke opplyser kjøper om dette. Dette faller ikke inn under varemerkeretten.

Som regel byr det ikke på problemer å avgjøre om der er snakk om næringsvirksomhet eller ikke.¹⁵ EU-domstolen har flere ganger uttalt at bruk i næringsvirksomhet forekommer ”når den finder sted i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed,

¹⁵ Kjennetegnsrett s. 280.

hvormed der søges oppnåed økonomisk vinding, og ikke i private forhold”.¹⁶ I dagens samfunn hvor salg på Internett er utbredt kan det likevel dukke opp enkelte grensetilfeller. I eBay-saken er dette problematisert. Generaladvokaten påpeker i avsnitt 79 i sitt forslag til avgjørelse at privatpersoners kjøp og salg av varemerkebeskyttede varer ikke faller inn under varemerkerettens områder. eBay tilbyr sine selgere å registrere seg enten som privat selger eller som næringsvirksomhet. Generaladvokaten presiserer i fotnote 47 tilhørende avsnitt 79 at dette skillet ikke nødvendigvis er sammenfallende med hva som regnes som næringsvirksomhet. EU-Domstolen presiserer dette nærmere i eBay-saken premiss 55 at salget kan gå ut over den private sfære som følge av ”dets volumen, hyppighed eller andre kendetegn”. Hvor stort volum eller hyppighet som skal til for at en selger må regnes som næringsdrivende er ikke nærmere spesifisert. Den refererende domstolen hadde allerede konkludert med at de individuelle partene i saken hadde drevet salg i en slik utstrekning at det måtte regnes som næringsvirksomhet.

Andre tilfeller der spørsmålet om bruken skjer i næringsvirksomhet kan komme på spissen inkluderer bruk av varemerket som domenenavn til annen bruk av omsetning av varer og tjenester og bruk av varemerket offentlig for å kritisere merkevaren eller produsenten.¹⁷

Merkehaveren kan etter vml. § 6 (art. 7) likevel ikke motsette seg at varer som er brakt inn på EU/EØS-markedet importeres og selges.

Det er som regel ikke noe problem å avgjøre hva som er kjernen av næringsvirksomhet, men som for mange juridiske områder er det grensetilfellene som skaper problemer. I slike tilfeller må man fastsette begrepet ”næringsvirksomhet” ut fra varemerkets formål. Av første punktum i 11. betraktning i varemerkedirektivets fortale går det frem at den

¹⁶ Jf. C-206/01 Arsenal premiss 40, C-17/06 Céline premiss 17 og de forente saker C-326/06–C-328/06 Google premiss 50.

¹⁷ Lassen, Stenvik (2011) s. 281.

viktigste funksjonen til varemerkebeskyttelsen er å fungere som opprinnelsesgaranti for varer og tjenester.

”The protection afforded by the registered trade mark, *the function of which is in particular to guarantee the trade mark as an indication of origin*, should be absolute in the case of identity between the mark and the sign and the goods or services.” (Min kursivering.)

Lassen og Stenvik kommer med en definisjon på hva som kan regnes for næringsvirksomhet nederst på side 281 i Kjennetegnsrett:

”Utgangspunktet bør derfor være at varemerkebruk anses som skjedd i næringsvirksomhet i varemerkelovens forstand, dersom den er egnet til å skade de interesser som varemerkeloven (og direktivet) tar sikte på å beskytte, først og fremst varemerkets evne til å fungere som kommersiell opprinnelsesgaranti. Dette taler for en nokså vid forståelse av næringsvirksomhetsbegrepet, slik at det først og fremst vil være bruk innenfor den private sfære som faller utenfor, mens bruk i det offentlige rom, f.eks. i media, på utstillinger, på Internett etc. normalt bør være omfattet. ”

2.3 Bruk som kjennetegn for varer og tjenester

Vesentlig større tvil enn forholdet mellom privat omsetning og næringsvirksomhet kan ”bruk som kjennetegn for varer eller tjenester” by på i en del tilfelle. Dette gjelder særlig der varemerket er brukt i andre sammenhenger enn som angivelse av varens opprinnelse. Slik bruk inkluderer beskrivelser av varemerkets egenskaper og forsøk på å gi varene til et spesielt image og goodwill. Spørsmålet er også aktuelt i forbindelse med bruk av andres kjennetegn inne i en reklametekst.¹⁸

Vml. § 4 tredje ledd oppstiller fire bruksområder som anses som bruk av et varemerke. Dette er ikke en uttømmende liste, men inkluderer de vanligste bruksformene som

¹⁸ Jf. Lassen og Stenvik (2011) s. 282.

inkluderer å sette varemerket på varen eller dens emballasje, import, eksport, i forretningspapirer og reklame.

Tidligere var oppfatningen i Norge at all bruk av andres varemerker for varer eller tjenester i samme kategori som merket var vernet for var i strid med varemerkeloven forutsatt at merket kunne bli oppfattet som et merke eller at det ble brukt som en generisk betegnelse for slike varer som kjennetegnet var vernet for.¹⁹ Nå skal varemerkeloven tolkes i sammenheng med varemerkedirektivet og det er EU-Domstolens tolkning av ”bruk for varer og tjenester” som skal legges til grunn. Denne tolkningen innebærer en vid forståelse av ”bruk for varer og tjenester” som har blitt avgrenset ved at Domstolen innførte i Arsenal-saken premiss 42 et vilkår som ikke fremgår av direktivteksten. For at merkehaveren skal kunne forhindre en tredjepersons bruk av hans varemerke må bruken krenke en av varemerkets funksjoner. Disse funksjonene er opprinnelsesgarantifunksjonen, kvalitetsgarantifunksjonen, investeringsfunksjonen og reklamefunksjonen.

2.4 Varemerkebeskyttelsens tre kategorier av krenkelser

Det finnes, som nevnt i kap. 2.1, tre kategorier tilfelle hvor vilkårene for beskyttelse etter varemerkeretten er forskjellige. To generelle regler finnes i vml. § 4 første ledd og et spesielt tilfelle i annet ledd. Vml. § 4 første ledd bokstav a) omhandler det første tilfellet, der kjennetegnene er identiske og gjelder samme kategori varer eller tjenester. Bokstav b) gjelder tilfelle der det er risiko for forveksling, men hvor kjennetegnene ikke er identiske. Regelen om velkjente varemerker fremgår av vml. § 4 annet ledd, den såkalte Kodak-regelen.

2.4.1 Identiske kjennetegn for samme vare eller tjeneste. Vml. § 4 første ledd bokstav a), jf. varemerkedirektivet art. 5 (1) (a).

Den første kategorien tilfeller utledes av vml. § 4 første ledd bokstav a) som gjelder bruk i næringsvirksomhet av:

¹⁹ Jf. Innst. 1958 s. 30 og Lassen og Stenvik (2011) s. 283.

”tegn som er identisk med varemerket for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for.”

Av varemerkedirektivets forord, 11. betraktning, fremgår det at vernet for disse tilfellene er absolutt. Utgangspunktet her er at er identiske kjennetegn, og at disse er brukt for varer eller tjenester. Det betyr at det tilsynelatende ikke stilles noen ytterligere krav for å avgjøre om en krenkelse av varemerket har funnet sted. Likevel må det avgjøres hva som ligger i begrepene ”identisk” og ”slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for”.

EU-Domstolen tolket hva som lå i direktivets begrep ”identical” i saken C-291/00 *Arthur et Félice*, premiss 52-53. EU-Domstolen slår blant annet fast at spørsmålet om hvorvidt merkene skal regnes som identiske må avgjøres med en helhetsvurdering ut fra en gjennomsnittsforbrukers synspunkt. Gjennomsnittsforbrukeren skal anses alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert. Det skal også tas hensyn til at gjennomsnittsforbrukeren som regel ikke har mulighet til å vurdere de to merkene ved siden av hverandre, slik at det kan være vanskelig å oppdage ubetydelige forskjeller mellom merkene. I premiss 54 oppsummerer Domstolen dette slik:

”et tegn er identisk med et varemerke, såfremt det uden ændring eller tilføjelse reproducerer alle de bestanddele, der udgør varemærket, eller såfremt tegnet, når det betragtes i sin helhed, udviser forskelle, der er så ubetydelige, at de kan blive overset af en gennemsnitsforbruger.” (Også gjengitt i *Portakabin* premiss 47 og *BergSpechte* premiss 25.)

En tilsvarende vurdering vil sannsynligvis legges til grunn for å avgjøre om varemerket er brukt ”for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for”. Dette skal likevel ikke tolkes slik at varene må tilhøre samme vareklasse dersom de ellers er nærliggende produkter som faller innenfor forskjellige vareklasser. Patentstyret, som er ansvarlig for registrering av varemerker i Norge, benytter den internasjonale klassifiseringsordningen (Nice-klassifikasjonen) for å bestemme hvilke klasser varer og tjenester hører hjemme i. Varer som kan virke forholdsvis like for en vanlig forbruker kan tilhøre forskjellige vareklasser, og det er derfor ikke naturlig å legge denne inndelingen til grunn for hva som skal forstås som ”slike varer og tjenester”. Lassen og Stenvik bruker i *Kjennetegnsrett* som eksempel at gummistøvler og verne- støvler

tilhører hver sin varekategori (henholdsvis klasse 25 og klasse 9) selv om en vanlig forståelse av varekategorien for en gjennomsnittsforbruker kan være ”sko”. Det samme gjelde innendørs og utendørs persienner som for en vanlig forbruker fremstår som svært like produkter.²⁰ Det kan ikke forutsettes at gjennomsnittsforbrukeren har kunnskaper om hvilke klasser som eksisterer for registrering av varemerker. Det finnes lite rettspraksis på dette området.

Når disse vilkårene er oppfylt er det likevel ikke tilstrekkelig til at varemerkeretten i henhold til vml. § 4 første ledd bokstav a er krenket. Til slutt må man vurdere om krenkelsen er egnet til å skade merkehaverens berettigede interesser. Denne vurderingen kan utledes av sak C-206/01 Arsenal, premiss 54, der EF-Domstolen slår fast at merkehaveren ikke kan forby bruken et varemerke dersom ”denne brug ikke kan skade hans egne interesser som indehaver av varemærket”. Disse interessene som merkehaver omtales gjerne som varemerkets funksjoner. De fire viktigste funksjonene er opprinnelsesgarantifunksjonen, reklamefunksjonen, investeringsfunksjonen og kvalitetsgarantifunksjonen. Hva som skal til for at varemerkets funksjoner skal være skadelidende er presisert av EU-Domstolen i flere saker, inkludert Google, BergSpechte, Portakabin. Denne vurderingen vil bli drøftet nærmere i oppgavens kap. 4.

Kort oppsummert beror vurderingen av om et varemerkes funksjon er skadet på en konkret, skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det fører blant annet til at Såkalt svake varemerker som er satt sammen av relativt vanlige ord eller er nært opp mot en varebeskrivelse stiller svarer enn varemerker som er mer fantasifulle. Man kan ikke hindre at konkurrenter bruker vanlige ord for å beskrive deres produkter, selv om en bestemt sammensetning skulle være meget nær et registrert varemerke.²¹ Dette er ikke til hinder for at ”vanlige” ord som brukes som varemerker kan få et sterkt vern, men dette avhenger av hvilke varer og tjenester varemerket er registrert for. MANGO

²⁰ Lassen, Stenvik (2011) s. 289.

²¹ Lassen og Stenvik (2011) s. 291.

vil ikke fungere godt som varemerke for frukt, men for produksjon og salg av klær er det ikke et beskrivende uttrykk.

2.4.2 Ikke-identiske varemerker med fare for forveksling. Vml. § 4 første ledd bokstav b).

Vml. § 4 første ledd bokstav b) gjelder bruk av:

”tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller lignende slag, såfremt det er risiko for forveksling, for eksempel ved at bruken av tegnet kan gi inntrykk av at det finnes en forbindelse mellom tegnet og varemerket.”

Spørsmålet om det finnes en forvekslingsfare mellom to varemerker som ligner hverandre og brukes for samme eller lignende varer er den vanligste formen for varemerkekonflikter.²² Det avgjørende begrepet for dette tilfellet er ”risiko for forveksling”. Vilklårene om kjennetegnslikhet og vareslagslikhet skal inngå i vurderingen av om det foreligger slik risiko. Dette er litt uheldig formulert i vml., men i varemerkedirektivet art. 5 (1) (b) er vilklåret formulert slik:

”... because of its identity with, or similarity to, the trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion...”

Her er det klart at risikoen for forveksling må skje på grunn av varemerkenes og varekategorienes likhet. Der slik risiko foreligger vil ikke være lovlig å bruke det varemerket som sist er tatt i bruk, og det kan dermed heller ikke registreres, jf. vml. § 16 bokstav a).

Det er to former for forveksling, direkte og indirekte forveksling. Direkte forveksling foreligger i den situasjonen at kundene ikke er i stand til å skille varene fra hverandre og risikerer å blande sammen de to varene. Indirekte forveksling innebærer at kundene

²² Lassen og Stenvik (2011) s. 310.

tror det finnes en kommersiell forbindelse mellom merkene som ikke eksisterer, for eksempel at de kommer fra samme produsent.²³

For å avgjøre om det foreligger risiko for forveksling må det foretas en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle.

Denne formen for varemerkekrenkelser er mindre relevant for oppgavens problemstilling. EU-Domstolen vurderte varemerkedirektivet art. 5 (1) (b) i Google-saken, men tolket inn en forvekslingsfare i vurderingen av om opprinnelsesgarantifunksjonen er skadet, se kap. 4.2.1.

2.4.3 Kodakregelen. Vml. § 4 annet ledd, jf varemerkedirektivet art. 5 (2).

Den såkalte Kodakregelen i vml. § 4 annet ledd lyder slik:

”For et varemerke som er velkjent her i riket, innebærer varemerkeretten at ingen uten samtykke fra merkehaveren kan bruke et tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller annet slag, hvis bruken ville medføre en urimelig utnyttelse av eller skade på det velkjente varemerkes særpreg eller anseelse (goodwill).”

Det sentrale i her er at varemerket er kjent ”her i riket”, og at den merkehaveren kan hindre bruk av varemerket, og lignende varermerker, både for ”varer eller tjenester av samme eller annet slag”. Dette betyr at bruken gjelder for alle varekategorier og at det ikke stilles noe krav om risiko for forveksling. Hovedvilkårene for krenkelse etter denne regelen er om det foreligger urimelig utnyttelse, eller om varemerkets anseelse kan skades. For å krenke slike varemerker er det tilstrekkelig med risiko for assosiasjon.

Kodakregelens hensikt er å beskytte det eldste og mest kjente varemerke mot at andre produsenter utnytter de investeringer det kjente varemerket har brukt for å bygge opp anerkjennelse, omdømme og reklameverdi. I tillegg skal varemerket vernes mot skader.

²³ Lassen og Stenvik (2011) s. 317.

Vurderingen av om et varemerke er ”velkjent” må baseres på om varemerket anses kjent som varemerke, og ikke som noe annet. Det kan for eksempel ikke være kjent som en varebeskrivelse. Det stilles ingen krav om at varemerke skal representere varer av høy kvalitet. Det eneste som kreves er at det er velkjent som varemerke.

3 Forholdet mellom merkehaveren og tjenestetilbyderen

3.1 Innledning

Ved bruk av varemerker på Internett oppstår situasjonen der en tjenestetilbyder opererer som mellommann mellom innehaveren av et varemerke og tredjepersonen som har brukt varemerket. Det fører til at det må vurderes i hvilken grad tjenestetilbyderen må holdes ansvarlig for å ha gjort det mulig for tredjepersonen å bruke et varemerke i strid med varemerkedirektivet art. 5 (jf vml. § 4).

3.2 Bruk i næringsvirksomhet

Partene i Google-saken var enige om at Google som tilbyder av søke- og annonsetjenesten AdWords har økonomiske interesser i annonsene som knyttes til bestemte oppslagsord, inkludert varemerker. Det var også enighet om at denne tjenesten ikke er begrenset til merkehaberene, men den kan også brukes av merkehaverens konkurrenter. EU-Domstolen anser det derfor klart at tjenesteyteren driver næringsvirksomhet, men dette er ikke tilstrekkelig til at en tjenestetilbyder ”bruker” varemerkene i sin næringsvirksomhet.²⁴ Det virker som Domstolen anser det for å være et underforstått krav at det dreier seg om ”kjennetegnsbruk”.²⁵ Domstolen slår fast at

²⁴ Google premiss 53-55.

²⁵ Jf Stenvik (2010).

minstekravet for slik kjennetegnsbruk er at varemerket brukes av en tredjepart i dennes egen kommersielle kommunikasjon.²⁶

Videre slår EU-Domstolen fast i premiss 57, at det ikke er avgjørende for om varemerket er brukt i næringsvirksomhet at tjenestetilbyderen tar betalt for den tjenesten den tilbyr. Det å lage tekniske løsninger som er nødvendige for at bruk av et varemerke er mulig, og ta seg betalt for å tilby denne tjenesten, fører ikke til at tilbyderen bruker varemerket i sin kommersielle virksomhet. I hvilken grad tjenestetilbyderen kan holdes ansvarlig for å tillate at deres kunder bruker andres varemerker må vurderes ut fra annen lovgivning enn varemerkedirektivet.. Dette kan inkludere nasjonale markedsføringsregler eller erstatningsregler, men Domstolen tok i Google-saken ikke stilling til disse spørsmålene og konkluderer i premiss 58-59 med at en tjenestetilbyder som tilbyr søkeordsbasert annonsering, slik som Google, ikke anses for å bruke varemerket i næringsvirksomhet, og derfor ikke krenker merkehaverens enerett i henhold til varemerkedirektivet art. 5 (1) (a).

3.3 Markedsplassens bruk av søkeordsbasert annonsering

I eBay-saken ble EU-Domstolen forelagt spørsmål om en online markedsplass kan anses for å ha krenket merkehaverens enerett i henhold til varemerkedirektivet art. 5 (1) (a). eBay hadde betalt for oppslagsord i AdWords som var identiske med L'Oréals varemerker slik at annonser for kjøp av disse produktene på eBay ble vist som "Sponsored Links". Det er enighet mellom partene om at eBay i denne situasjonen opptrer som annonsør og ikke som tjenestetilbyder. Dette er begrunnet med at markedsplassen i slike tilfeller ikke bare reklamerer for produktene som er til salgs på deres nettside, men også reklamerer for sin egen nettside som markedsplass.²⁷ Jeg drøfter likevel dette temaet her siden eBay i hovedsak er en tjenestetilbyder som i noen situasjoner også kan opptre som annonsør.

²⁶ Google, premiss 56.

²⁷ eBay-saken premiss 85.

Det er i Google-saken og BergSpechte-saken fastslått at bruk av varemerker som oppslagsord for søkeordsbasert annonsering skal oppfattes som brukt i næringsvirksomhet. For at merkehaveren skal kunne hindre eller stanse at tredjepersoner må ytterligere to vilkår være oppfylt.

1. Annonsene må være knyttet til produkter som er identiske med det registrerte varemerket.
2. Annonsene må være egnet til å svekke minst en av varemerkets funksjoner.²⁸

Domstolen slår i premissene 89-90 fast at de tilfellene der eBay knyttet L'Oréals varemerker som søkeord til annonser for sine generelle tjenester som tilbyder av en markeds plass der man kan kjøpe og selge forskjellige varer, vil det ikke være en krenkelse av art. 5 (1) (a) siden annonsene ikke gjelder produkter i samme kategori. Domstolen åpner likevel for at det kan være en krenkelse av art. 5 (2) om velkjente varemerker (Kodak-regelen). Dette gir en mer omfattende beskyttelse av varemerket enn art. 5(1), inkludert beskyttelse mot at en tredjemann bruker varemerket for produkter som ikke er innenfor samme kategori som varemerket er registrert for. Det er valgfritt for medlemslandene i EØS å innføre en Kodak-regel i deres nasjonale varemerkelovgivning, jf varemerkedirektivet art. 5 (2). Domstolen går derfor ikke nærmere inn i denne drøftelsen. I de landene som beskytter velkjente varemerker vil det være opp til de nasjonale domstolene å vurdere om et varemerke kan anses for velkjent og om merkehaverens rettigheter i så fall er krenket.

I premiss 91-92 drøfter Domstolen de tilfellene der eBay brukte L'Oréals varemerker som oppslagsord og annonsene er direkte knyttet til salgssider der produkter med disse varemerkene ble solgt. Domstolen konkluderer med at dette måtte anses for bruk av med varetyper som varemerket var registrert for, og at varemerkedirektivet art. 5 (1) (a) dermed var krenket. Domstolen har dermed slått fast at det ikke bare er den som tilbyr en vare for salg som kan krenke varemerkeretten. En tjenesteleverandør som selgeren benytter kan også bruke varemerket på en krenkende måte dersom tjenestetilbyderen

²⁸ eBay-saken premiss 88.

aktivt promoterer selgerens produkter ved å bruke andres varemerker. I eBay-saken er det klart at eBays annonser skapte en assosiasjon mellom varemerkene som er nevnt i annonsen og muligheten for å kjøpe disse på eBay.²⁹ eBay har på denne måten reklamert for sine tjenester som online markeds plass ved å skape en assosiasjon i forbrukernes underbevissthet om at varer med dette kjennetegnet kan kjøpes hos eBay.³⁰ Siden eBay tjener penger ved hvert gjennomførte salg bruker de på denne måten andres varemerker i sin egen kommersielle kommunikasjon.

Domstolen slo fast med henvisning til Google-saken og Portakabin-saken, at det andre vilkåret, om at varemerkets funksjoner, i den konkrete saken opprinnelsesgarantifunksjonen, må svekkes som følge av varemerkebruken, inntreffer når en normalt opplyst forbruker har problemer med å avgjøre om varen som tilbys kommer fra merkehaveren eller en denne har et økonomisk forhold til, eller fra en uavhengig tredjepart.³¹ For å unngå slik uklarhet og av hensyn til god forretningsskikk og forbrukervern³² må annonser registrert i AdWords av en online markeds plass tydelig identifisere markeds plassen og at varene vil bli solgt gjennom denne i annonseteksten.³³

Domstolen konkluderer i eBay-saken premiss 97 med at en merkehaver kan hindre en online markeds plass å benytte sine varemerker som oppslagsord for annonser som reklamerer for varer med disse varemerkene i de situasjonene der det vil være vanskelig for en gjennomsnittsfbruker å avgjøre opphavet til varene ut fra annonsen.

Det siste temaet som tas opp i denne sammenheng er i hvilken grad eBay kan holdes ansvarlig for varemerkebruk på annonsesidene deres. Her trekker Domstolen først frem at eBay tilbyr en tjeneste der selgere kan lage annonser for produkter de ønsker å selge.

²⁹ eBay premiss 93-94.

³⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse, avsnitt 89.

³¹ eBay-saken premiss 94.

³² eBay-saken premiss 95.

³³ Premiss 96.

Når det er snakk om salg av merkevarer er det uunngåelig at varemerket blir benyttet i annonsen. Selv om det er klart at varemerket blir ”brukt” i annonsen er det likevel ikke opplagt at det er tilbyderer av nettsiden som ”bruker” varemerket.³⁴

For å være slik ”bruk” av varemerket som art. 5 (1) forutsetter må varemerket være brukt i tredjepartens egen kommersielle kommunikasjon. I det tilfellet at en tredjepart tilbyr en tjeneste der dennes kunder gis muligheten til å legge ut annonser for sin kommersielle aktivitet, som salg av varer, er det ikke tilbyderer av tjenesten som ”bruker” varemerket i EU-rettslig forstand. Det er kunden som legger ut annonsen som ”bruker” varemerket på en slik måte. Hvis tjenestetilbyderen skal kunne holdes ansvarlig må hjemmel for ansvar gis i nasjonale lovregler.

3.4 Ehandelsloven § 18, jf e-handelsdirektivet art. 14. Ansvarsfrihet for visse lagringstjenester

E-handelsdirektivet art. 14 er gjennomført i norsk rett med enkelte endringer i ehandelsloven § 18. Det finnes lite rettspraksis som gjelder ansvarsfrihet for hostingtjenester. I Lovdata finnes det kun tre dommer som omhandler denne paragrafen,³⁵ og ingen av dem går nærmere inn på innholdet i dette ansvarsfritaket.

I Google-saken ønsker den foreleggende domstol også å få avklart følgende spørsmål:

”[...] om artikkel 14 i direktiv 2000/31 skal fortolkes således, at en søge- og annonseringsydelse på internettet udgør en informationssamfundstjeneste, som består i at lagre oplysninger tilvejebragt af en annoncør, således at disse oplysninger bliver genstand for hosting« i henhold til denne artikkel, og således at

³⁴ Premiss 98-101.

³⁵ Oslo tingrett TOSLO-2010-201388, Oslo tingrett TOSLO-2011-75245 og Borgarting lagmannsrett LB-2010-6542 (Pirate Bay).

udbyderen af søge- og annonseringsydelsen derfor først vil kunne drages til ansvar, når udbyderen er blevet underrettet om annoncørens ulovlige adfærd.”³⁶

Dette spørsmålet drøftes kun i Google-saken og eBay-saken. For søkeordsbasert annonsering anses spørsmålet for avklart i Google-saken og for online markeds plasser ble evt. ansvarsfrihet drøftet i eBay-saken.

E-handelsdirektivet, 2000/31/EF, kapittel II avsnitt 4 har overskriften ”Tjenesteytende mellommanns ansvar”. Formålet med disse reglene er å begrense de tilfellene der tjenesteytende mellommenn blir ansvarlige for måten deres kunder bruker tjenesten. Artikkel 12 omhandler ”ren informasjonsformidling, som inkluderer både overføring av data over kabelnett og rutere og tilgang til offentlig telenett, som f.eks. Internett”.³⁷ Artikkel 13 omhandler ”mellomlagringstjenester, eller ’caching’, som innebærer lagring på en lokal server av etterspurt materiale som opprinnelig er lagret på en annen server, i hovedsak for å effektivisere informasjonsoverføringen i nettet”.³⁸ Dette er ikke den typen tjenester som Google og eBay tilbyr, og de er derfor ikke relevante her. Artikkel 14 som gjelder ”Vertstjenester”, eller ”hosting-tjenester” som de ofte kalles, kan derimot være relevant. Disse tjenestene innebærer å tilby serverplass, ofte til nettsider, men også til annen bruk. Denne typen tjenester tilbyr Google og eBay. Artikkel 14 lyder:

”Artikkel 14 – Vertstjenester

- 1) Medlemsstatene skal påse at en tjenesteyter som leverer en informasjonssamfunnstjeneste som består i å lagre informasjon levert av en tjenestemottaker, ikke holdes ansvarlig for informasjon som lagres etter anmodning fra en tjenestemottaker, forutsatt at:

³⁶ Google, premiss 106.

³⁷ Balstad (2001) s. 69.

³⁸ Balstad (2001) s. 69.

- a) tjenesteyteren ikke har faktisk kjennskap til ulovlig virksomhet eller ulovlig informasjon, og at vedkommende med hensyn til krav om skadeserstatning ikke har kjennskap til fakta eller forhold som klart viser at virksomheten eller informasjonen er ulovlig,
 - b) tjenesteyteren, fra det øyeblikk vedkommende får slik kjennskap, handler raskt for å fjerne informasjonen og sperre tilgangen til den.
- 2) Nr. 1 får ikke anvendelse dersom tjenestemottakeren handler under tjenesteyterens myndighet eller kontroll.
 - 3) Denne artikkel berører ikke den mulighet en domstol eller en forvaltningsmyndighet har, i samsvar med medlemsstatenes rettsorden, til å kreve at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller forhindrer den, og berører heller ikke medlemsstatenes mulighet til å innføre framgangsmåter for å fjerne slik informasjon eller sperre tilgangen til den.”

I Google-saken anførte de krenkede partene at søke- og annonseringstjenester som AdWords ikke kunne regnes som en slik ”informasjonssamfunnstjeneste” som direktivet forutsetter for ansvarsfrihet. Google og Kommisjonen var uenige i dette.

”Informasjonssamfunnstjeneste” er ”enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag, over avstand, og som formidles elektronisk og på individuell anmodning fra en mottaker av tjenester”, jf. definisjonen i E-handelsdirektivet art. 2 (a) med en henvisning til artikkel 1 (2) i direktiv 1998/34/EF slik den lyder etter endringen ved direktiv 1998/48/EF. Artikkelen inneholder videre en nærmere definisjon av de enkelte elementer i denne definisjonen, men jeg går ikke nærmere inn på disse her. Domstolen henviser i premiss 110 til sin beskrivelse av Google AdWords i premiss 23 og konkluderer med ”at denne ydelse inneholder alle denne definitions elementer”. I eBay-saken premiss 109 slår Domstolen fast at det er åpenbart at slike tjenester som eBay tilbyr som online markeds plass, hvis hovedfunksjon er å formidle kontakt mellom selger og kjøper online, faller inn under begrepet informasjonssamfunnstjeneste slik det forstås i E-handelsdirektivet. Dette kan også forstås ut fra den fulle tittelen til direktivet ”... om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk

handel...” Domstolen slår dessuten fast at det ikke kan bestrides at Google og eBay lagrer visse opplysninger som leveres av deres kunder på sine servere.³⁹ Dette skjer hver gang noen registrerer en annonse i AdWords, eller en selger oppretter en selgerkonto hos eBay og legger ut informasjon om sine salgsvare. Google får godtgjørelse gjennom sin budprosess for kjøp av søkeord og eBay mottar som regel en prosentandel av den endelige salgssummen.

Det fremheves i Google- og eBay-saken som avgjørende for at en tjenestetilbyder skal falle inn under reglene i E-handelsdirektivet art. 12-15, må aktiviteten være begrenset til det som kan regnes naturlig for en ”tjenesteytende mellommann” slik lovgiver har ment at dette begrepet skal forstås.⁴⁰ Dette er presisert i direktivets fortale avsnitt 42 til at ”... virksomheten er av rent teknisk, automatisk og passiv art, noe som betyr at yteren av informasjonssamfunnstjenester verken har kunnskap om eller kontroll over den informasjon som overføres eller lagres.” Det er derfor avgjørende at aktiviteten til tjenesteyteren kan regnes som nøytral, og man kan anta at denne har liten eller ingen kunnskap og kontroll med innholdet i dataene som den lagrer, jf. eBay premiss 113, jf. Google premiss 114.

Domstolen slår i premiss 116 i Google-saken fast noen tilfeller som ikke gjør Google ansvarlig for innholdet i annonsene. Dette inkluderer at Google tar betalt, at det er Google som bestemmer betalingsvilkårene og at Google gir generell informasjon om AdWords-tjenesten. Dette brukes også analogisk av Domstolen i eBay-saken premiss 115 for å fremheve at i de fleste tilfeller kan også eBay påberope seg ansvarsfritaket i E-handelsdirektivet kapittel II avsnitt 4. Overensstemmelse mellom søkeord som brukeren bruker og nøkkelordet som en annonsør har valgt er heller ikke tilstrekkelig til at Google kan regnes for å ha kjennskap til innholdet som annonsørene har lagret på deres servere.

³⁹ Google, premiss 111, eBay premiss 110.

⁴⁰ Google premiss 112, eBay premiss 112.

En vesentlig forskjell mellom Google- og eBay-sakene er at eBay i enkelte tilfeller hjelper sine kunder med å optimalisere presentasjonen av salgstilbudene og/eller med å promotere disse tilbudene. Domstolen slår fast at i disse tilfellene har ikke eBay handlet som en nøytral mellommann, men har hatt en mer aktiv rolle formidlingen mellom selger og kjøper og har på den måten tilegnet seg kjennskap til informasjonen og dataene som lagres på deres servere. I disse tilfellene kan ikke eBay påberope seg ansvarsbegrensningen i E-handelsdirektivet art. 14.⁴¹

Det avgjørende punkt i avgjørelsen av om en tjenestetilbyder som Google og eBay kan holdes ansvarlig etter E-handelsdirektivet art. 14, er hvilken rolle tilbyderen har spilt i utformingen av annonseteksten som hører til lenken og i valget av hvilke nøkkelord som skal brukes.⁴² Domstolen overlater deretter avgjørelsen av i hvilken grad tjenestetilbyderen har opptrådt nøytralt til de nasjonale domstolene som er bedre rustet til å kjenne de lokale forholdene enn EU-Domstolen, jf. Google-saken premiss 119.

I de tilfellene der tjenestetilbyderen ikke har hatt en aktiv rolle som har gitt den kunnskap om innholdet i dataene som lagres på dennes servere må dessuten vilkårene i E-handelsdirektivet art. 14 (1) (a) og (b) være oppfylt for å fritas ansvar. Dette innebærer at tjenesteleverandøren ikke har hatt kjennskap til den ulovlige informasjon eller virksomhet, og at dersom den blir gjort oppmerksom på slike ulovligheter fjerner eller sperrer tilgangen til informasjonen. I eBay-saken diskuteres disse vilkårene i premissene 118-124. Siden det i hovedsaken kunne være aktuelt at eBay måtte betale erstatning til L'Oréal må den nasjonale domstolen vurdere om eBay har hatt kjennskap til forhold eller omstendigheter rundt de tilfellene der L'Oréals varemerkerettigheter er krenket der den ulovlige virksomheten fremgår. Det er i slike tilfeller tilstrekkelig at tjenesteleverandøren har hatt kjennskap til forhold som en normalt aktsom næringsdrivende ville ha reagert på dersom han var blitt gjort oppmerksom på dem.⁴³

⁴¹ eBay premiss 116.

⁴² Google, premiss 118.

⁴³ eBay premiss 120.

Domstolen fremhever også at regelen i art. 14 (1) (a) må tolkes slik at den gjelder alle tilfeller der en tjenesteleverandør har fått kjennskap til ulovlige forhold og omstendigheter, ikke bare de tilfeller der det er aktuelt med erstatningskrav. Dette er for at reglene i art. 14 (1) (a) ”ikke skal berøves deres effektive virkning”, eller som det er formulert i den engelske versjonen: ”not to be rendered redundant”.⁴⁴ Domstolen går ikke nærmere inn på hvordan reglene kan bli overflødige ved en slik tolkning, men kommer med eksempler på situasjoner som skal være omfattet. Disse inkluderer både tilfeller der tjenestetilbyderen selv oppdager ulovlig aktivitet på sine servere gjennom egne undersøkelser, eller der den blir gjort oppmerksom på slik aktivitet ved en meddelelse fra en tredjepart. En slik meddelelse kan likevel ikke automatisk utelukke ansvarsfritak siden informasjonen kan være utilstrekkelig eller ikke godt nok begrunnet for at tjenestetilbyderen skal kunne avgjøre om aktiviteten er ulovlig. Det vil likevel være et element i vurderingen av hvorvidt tilbyderen hadde kjennskap til den ulovlige aktiviteten som fant sted på dennes servere.⁴⁵

I eBay-saken premiss 108 slår Domstolen fast at det er opp til den refererende domstolen å avgjøre vilkårene for ansvar slik L’Oréal har påberopt seg overfor eBay, men EU-Domstolen har likevel et ansvar for å etterprøve om en online markeds plass som eBay kan påberope seg ansvarsfritaket i E-handelsdirektivet.

Domstolen konkluderer i Google-saken med at ansvarsfritakene i E-handelsdirektivet art. 14 gjelder for søke- og annonseringstjenester på Internett forutsatt at tjenestetilbyderen ikke spiller en aktiv rolle slik at den får kunnskap om eller kontroll over informasjonen som lagres på dens servere. En tjenestetilbyder kan derfor ikke holdes ansvarlig for innholdet den lagrer med mindre den blir gjort oppmerksom på ulovligheten av disse dataene og ikke fjerner opplysningene eller gjør dem utilgjengelige innen rimelig tid⁴⁶, jf. E-handelsdirektivet art. 14 (1) (b).

⁴⁴ eBay premiss 121.

⁴⁵ eBay premiss 122.

⁴⁶ Google, premiss 114 og 120.

4 Forholdet mellom merkehaveren og annonsøren

4.1 Bruk i næringsvirksomhet ”for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for”

Domstolen ser det som klart at annonsøren som velger å betale for å knytte annonsene til oppslagsord som er identiske med andres beskyttede varemerke, bruker deres varemerker i næringsvirksomhet. Siden varemerket er valgt nettopp for at annonsørens annonser skal komme opp når dette varemerket blir ”googlet”, er det åpenbar kommersiell bruk av andres varemerker.⁴⁷

I art. 5 (3) listes det opp forhold som anses som ”bruk” av et varemerke. Det inkluderer i (b) ”å tilby varer for salg [...] under tegnet” og (d) ”å bruke tegnet på forretningspapirer og i reklame”. I Google-saken er det en forskjell fra de øvrige sakene i Louis Vuittons tilfelle i sak C-236/08. Der er varemerket brukt på andres produkter og varemerket er ofte brukt i annonseteksten som kommer opp under ”Sponsored links”. Jeg tolker Domstolen slik at den anser denne bruken for å være i strid med art. 5 (1). I de to andre sakene er det ingen synlig bruk av varemerket til konkurrentene i annonsene, det er kun brukt som søkeord.⁴⁸

Domstolen gir uttrykk for, med henvisning til tidligere praksis, at listen i art. 5 (3) over bruk som anses å være en krenkelse av varemerkeretten ikke er uttømmende. Dette er særlig viktig fordi direktivet er basert på det varemerkedirektivet av 1988, og det er ikke tatt hensyn til alle moderne former for reklame og muligheter for bruk av varemerket. Domstolen mener også at man ikke kan utelukke bruk bare fordi varemerket ikke er synlig i annonsen. Når annonsøren velger å bruke en annens varemerke som søkeord er det klart at denne ønsker å sette seg i sammenheng med disse varemerkene og fremstå som et alternativ til disse varer eller tjenester. Det blir da å

⁴⁷ Google, premiss 51-52.

⁴⁸ Google premiss 62-63.

anse som en krenkelse av art. 5 (1) (a) å bruke konkurrentens beskyttede varemerke som søkeord.⁴⁹

4.1.1 Varemerkets funksjoner

Som nevnt i kap.2.4.1 er formålet med eneretten i varemerkedirektivet art. 5 (1) (a), å gjøre merkehaveren i stand til å beskytte sine særlige interesser som innehaver av varemerket. Det vil si å sikre at varemerket oppfyller sine egentlige funksjoner. Det betyr at innehaveren av varemerket ikke kan motsi seg bruk av merket som ikke vil skade dets funksjoner. I Domstolens praksis for de tilfeller der en tredjepart bruker et identisk varemerke i samme kategori varer eller tjenester som det tidligere varemerket er registrert, fremkommer det at merkehaveren kan forhindre slik bruk der det er sannsynlig at bruken vil ha en negativ effekt på varemerkets funksjoner. Dette gjelder ikke dersom unntakene i varemerkedirektivet art. 6 og art. 7 kan gjøres gjeldende. Disse unntakene har ikke vært relevante i de sakene som har vært forelagt EU-Domstolen. I de aktuelle sakene er det opprinnelsesfunksjonen og reklamefunksjonen som er relevante.⁵⁰

4.1.2 Opprinnelsesfunksjonen

Den viktigste funksjonen til et varemerke er å garantere varens opprinnelse slik at potensielle kunder kan skille varen eller tjenesten fra andre tilgjengelige alternativer. Spørsmålet som Domstolen må ta stilling til i sakene om Google AdWords er om det skader varemerkets opprinnelsesfunksjon at internettbrukere får opp en tredjeparts, for eksempel en konkurrents, annonse basert på et søkeord som er identisk med varemerket. Domstolen slår fast i Google-saken premiss 83 at dette kommer an på hvordan annonsen er presentert. Det er ved elektronisk handel et særlig viktig element i varemerkets funksjon at internettbrukeren kan skille varene eller tjenestene som er

⁴⁹ Google premiss 65-73.

⁵⁰ Google premiss 81.

tilknyttet varemerket fra de som har en annen opprinnelse, men som vises på en resultatside der varemerket er brukt som søkeord.

Varemerkets opprinnelsesfunksjon er krenket der ”annoncen ikke eller kun med vanskelighet giver en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, mulighed for at gøre sig bekendt med, om de i annoncen omhandlede varer eller tjenesteydelser hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra en virksomhed, der er forbundet med denne, eller tværtimod hidrører fra en tredjemand”.⁵¹ En slik situasjon kan oppstå når en annonse som er knyttet til varemerket som søkeord vises samtidig som varemerket vises på skjermen i sin funksjon som søkeord. Dette betyr at en varemerke innehaver har rett til å forby visningen av annonser fra tredjeparter som en gjennomsnittlig internetbruker feilaktig kan tro stammer fra merkehaveren, jf. Google premiss 87.

Domstolen slår fast at det er opp til de nasjonale domstolene å avgjøre fra sak til sak hvorvidt bruken av varemerket i det enkelte tilfelle kan ha en ugunstig påvirkning på varemerkets opprinnelsesfunksjon. Selv om det er opp til de nasjonale domstoler å avgjøre disse spørsmålene i den konkrete saken, gir Domstolen retningslinjer for hvilke tilfeller som må anses å ha en skadelig effekt på varemerkets opprinnelsesfunksjon. Det er ingen uttømmende liste, men viser hva som i alle tilfeller skal anses som en krenkelse av varemerkets opprinnelsesfunksjon. Først og fremst gjelder det tredjeparters annonser som antyder at det finnes en økonomisk forbindelse mellom annonsøren og varemerke innehaveren. Videre der annonsen er så uklar knyttet til varens eller tjenestens opprinnelse at en normalt opplyst internetbruker ikke kan avgjøre hvorvidt det finnes en økonomisk forbindelse eller ikke med varemerke innehaveren.

I BergSpechte-saken refererer Domstolen stort sett til drøftelsene i Google-saken og kommer til den samme konklusjonen som i Google-saken. Det er likevel et punkt som ikke ble drøftet i Google-saken som tas opp i BergSpechte-saken. I BergSpechte-saken drøfter også Domstolen varemerkedirektivet art. 5 (1) (b) om risiko for forveksling. I

⁵¹ Jf. Google premiss 84.

premiss 38 slår Domstolen raskt fast at det tilfellet at forbrukerne kan tro at varene eller tjenestene kommer fra samme selskap eller at det finnes en økonomisk forbindelse mellom selskapene utgjør en slik forvekslingsfare. Deretter setter Domstolen de samme vilkårene som for art. 5 (1) (a) og konkluderer med at det er opp til den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt det foreligger forvekslingsfare, og dersom slik forvekslingsfare foreligger kan reglene i art. 5 (1) (b) få anvendelse.⁵²

Siden den viktigste funksjonen til et varemerke er opprinnelsesgarantifunksjonen, må det også vurderes hva som skal til for at denne funksjonen skal være krenket. Dette var tidligere uklart, men EU-Domstolen har gjennom flere avgjørelser⁵³ presisert hva som skader opprinnelsesgarantifunksjonen. Det avhenger av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, der det legges særlig vekt på måten kjennetegnet er brukt på, jf Portakabin premiss 34

En annonses utforming kan derfor ha avgjørende betydning. Dersom det ikke er mulig eller er veldig vanskelig for en gjennomsnittsfbruker å forstå hvorvidt varen stammer fra varemerkeinnhaveren, en som er økonomisk bundet til denne eller om den kommer fra en tredjemann, vil det foreligge en krenkelse. Av premiss 35 fremkommer det at merkehaveren kan forby bruk av varemerket dersom det antydes at det finnes en økonomisk forbindelse mellom annonsøren og merkehaveren, eller om annonsen er så uklar at gjennomsnittsfbrukeren ikke kan vite om det finnes en slik forbindelse. Den konkrete vurderingen av om annonsen antyder kommersiell forbindelse eller er tilstrekkelig uklar angående dette, er overlatt til de nasjonale domstolene.⁵⁴

I eBay-saken mangler flere av produktene emballasjen og EU-Domstolen vurderer om denne mangelen er en svekkelse av varemerkets funksjoner, i dette tilfellet opprinnelsesgarantifunksjonen. For forbrukeren ”udgør [varemerket] en garanti for, at alle de varer, som er forsynet med varemærket, er blevet fremstillet eller leveret under

⁵² Bergspechte premiss 39-41.

⁵³ Google-saken og Portakabin.

⁵⁴ Kjennetegnsrett s. 289.

kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet”.⁵⁵ Når de pålagte opplysninger om blant annet produsent, innhold og best-før-dato mangler vil varemerkets funksjon som opprinnelsesgarantist være svekket fordi varemerket blir fratatt sitt formål, å garantere at de varer som er utstyrt med merket er levert av en enkelt produsent som er ansvarlig for kvaliteten. Domstolen konkluderer med at merkehaveren kan motsette seg videresalg der emballasjen er fjernet i de tilfellene der dette medfører at essensiell informasjon om produktet mangler.⁵⁶

I Interflora-saken vurderer Domstolen i tillegg hvorvidt det at M&S annonse kommer opp når man søker på ”Interflora” kan føre til at gjennomsnittsforbrukeren kan tro at M&S blomstertjeneste er en del av Interfloras nettverk. I premiss 49 slår Domstolen fast at dersom den nasjonale domstolen kommer til at det er vanskelig for en normalt opplyst internetbruker å avgjøre om M&S er en del av dette nettverket vil M&S’ bruk av Interfloras varemerke som søkeord være i strid med varemerkets opprinnelsesfunksjon og Interflora vil ha rett til å nekte M&S å bruke varemerket på denne måten. Domstolen presiserer likevel i premiss 50 at det at noen enkeltindivider ender opp med å tro at M&S er en del av Interfloras nettverk er ikke tilstrekkelig til at varemerkeretten er krenket dersom det store flertall ikke oppfatter det slik. Domstolen trekker også frem elementer som kan vektlegges i vurderingen av om det er risiko for at den vanlige internetbrukeren kan få denne oppfatningen. Det kan blant annet legges vekt på om det er allment kjent at M&S blomstertjeneste er i konkurranse med Interflora, og dersom dette ikke er allment kjent kan det vektlegges om M&S’ annonse gjør det klart at de ikke er en del av Interfloras nettverk.⁵⁷ I denne konkrete saken kan det vektlegges at Interfloras nettverk består av mange svært forskjellige aktører, både i størrelse og karakter. Domstolen vurderer det slik at det i dette tilfellet kan være vanskelig, særlig når annonsen ikke gir noen klare indikasjoner i noen retning, for den

⁵⁵ eBay premiss 80.

⁵⁶ Premiss 80-81.

⁵⁷ Interflora premiss 51.

normalt opplyste forbrukeren å avgjøre hvorvidt det finnes en økonomisk forbindelse mellom annonsøren og varemerket.

4.1.3 Reklamefunksjonen

Reklamefunksjonen er en annen viktig funksjon for et varemerke. Innehaveren av varemerket ønsker ofte å bruke varemerket i reklameformål for å informere og overbevise forbrukerne. På tilsvarende måte som for opprinnelsesfunksjonen, kan merkehaveren nekte andre kommersielle aktører å bruke dennes varemerker i situasjoner som kan skade merkehaverens evne til å bruke varemerket i reklameøyemed og i sin forretningsstrategi.⁵⁸ Domstolen slår fast i Google-saken premiss 93 at det er klart at en tredjeparts bruk av et varemerke som søkeord for å vise sin egen annonse kan ha innvirkning på merkehaverens reklamemuligheter og forretningsstrategi. Men som Domstolen uttrykker det i premiss 95: ”Disse virkninger af tredjemænds brug af det tegn, der er identisk med varemærket, udgør imidlertid ikke i sig selv et indgreb i varemærkets reklamefunktion.”

Det er likevel slik at merkehaveren selv kan kjøpe søkeord som tilsvarer varemerkene for å få vist frem sine annonser når noen bruker varemerket som søkeord i søkemotoren. For å få sin annonse øverst, eller høyt plassert, må merkehaveren være villig til å betale mer enn de andre annonsørene for bruk av varemerket som søkeord. Selv om merkehaveren er villig til dette er den ikke garantert å få vist sin annonse på grunn av Google AdWords’ andre kriterier for plassering av annonsen.⁵⁹ På den annen side er det slik at merkehavers kommersielle nettsider ofte vil være høyt opp på listen over ”naturlige treff” når en internettkbruker benytter seg av et av dennes varemerker som søkeord. Denne visningen er basert på en rekke kriterier for hvor relevant de enkelte nettsidene er i forhold til søkeord(ene). I mange tilfeller vil selskapets nettsider regnes

⁵⁸ Google premiss 92.

⁵⁹ Google premiss 94.

som meget relevante. Denne tjenesten er gratis og sørger for at varene eller tjenestene knyttet til varemerket garantert vises der det søkes etter disse varene. Dette gjelder selv om merkehaveren ikke lykkes med å få sin annonse høyt nok opp på listen over annonser som vises under ”Sponsored links”.⁶⁰

Etter denne vurderingen konkluderer EU-Domstolen med at å bruke en annens varemerke i en søke- og annonseringstjeneste som Google AdWords ikke gjør inngrep i varemerkets reklamefunksjon, jf. Google premiss 98.

Denne konklusjonen støttes også senere i Bergspechte-saken⁶¹ og Interflora-saken⁶².

4.1.4 Investeringsfunksjonen

En tredje funksjon som kan være relevant er investeringsfunksjonen. Dette gjelder merkehaverens mulighet til å bygge opp et rykte som kan tiltrekke seg kunder og bidra til å få deres lojalitet. Når en tredjeparts bruk av varemerket skader merkehaverens mulighet til å skaffe seg og opprettholde et rykte i markedet må tredjeparten anses å skade investeringsfunksjonen og merkehaveren har rett til å hindre slik bruk av dennes varemerker.⁶³ Dette kan særlig gjelde for merkevarer som allerede har et rykte i markedet, og som dermed kan ta særlig skade av at tredjeparter bruker deres varemerke for samme varer og tjenester.⁶⁴ Det likevel ikke slik at en merkehaver kan hindre slik bruk det her er snakk om i de tilfellene der varemerkets opprinnelsesfunksjon ikke krenkes i et marked med ellers rettferdig konkurranse dersom den eneste konsekvensen er at ryktet i noen tilfeller kan bli svekket. Dette gjelder også under forhold der

⁶⁰ Google premiss 96 og 97.

⁶¹ Premiss 34.

⁶² Interflora premiss 54-59.

⁶³ Interflora premiss 60-62.

⁶⁴ Premiss 63.

konsekvensen er at noen kunder går over til konkurrenten, men varemerkets funksjoner ellers ikke er krenket.⁶⁵

4.2 Velkjente varemerker

I Google-saken tas det opp hvorvidt en innehaver av velkjente varemerker, her Louis Vuitton, kan forhindre at deres varemerker brukes som søkeord i AdWords med hjemmel i Kodakregelen i varemerkedirektivet art. 5 (2). Det er avklart av den franske høyesterett at Google har tillatt selgere av piratkopierte versjoner av Louis Vuittons produkter å registrere Louis Vuittons varemerker som søkeord sammen med ord som ”copy” og ”imitation”, jf. Google premiss 101. I premiss 105 konkluderer Domstolen med at tjenestetilbyderen ikke bruker et velkjent varemerke i sin næringsvirksomhet.

I L’Oréal and Others premiss 49 slo Domstolen fast at selgere av imitasjoner som forsøker å legge seg i kjølvannet av et velkjent varemerker for å dra nytte av dette varemerkets renommé uten noen form for økonomisk kompensasjon utnytter dette varemerket på en urimelig måte. Denne rettspraksisen er relevant i de sakene der internettannonsører tilbyr imitasjoner av velkjente varemerkeinnehaverens produkter gjennom bruk av dennes varemerker som betalte oppslagsord.⁶⁶ Det er likevel ikke slik at det er internettjenesteleverandøren som bruker varemerkene når den tillater å registrere disse sammen med ord som ”copy” og ”imitation”. Dette slår Domstolen fast i premiss 104 med en referanse til sin egen drøftelse av ”bruk” i premissene 55-57. Domstolen konkluderer, i premiss 105, med at tjenesteleverandøren ikke kan bruke varemerket og kan holdes ansvarlig etter varemerkedirektivet art. 5 (2).

⁶⁵ Premiss 64.

⁶⁶ Google premiss 103.

4.3 ”Brakt i omsetning på EØS-markedet. Konsumpsjon av varemerkeretten, vml. § 6 jf. varemerkedirektivet art. 7 (1).

Varemerkedirektivet art. 7 (1) (vml. § 6 første ledd) om konsumpsjon av varemerkeretten må forstås slik at en merkehaver ikke kan hindre videresalg av varer i EØS-området som med hans samtykke allerede er brakt inn på markedet.

I eBay-saken har selgerene tilbudt vareprøver og demonstrasjonsprodukter som var blitt distribuert til de autoriserte forhandlerne gratis. Disse var for det meste merket med ”Not for Sale” og lignende, og den refererende domstolen fant at L’Oréal hadde gitt klar beskjed til forhandlerne om at disse produktene ikke skulle selges, men deles ut gratis til potensielle kunder.⁶⁷ Spørsmålet blir da om slike produkter kan anses som ”brakt i omsetning” på markedet.

I Silberquelle-saken⁶⁸, som gjaldt en kleskjede som ga bort flasker med drikke til sine kunder, slår Domstolen fast at varer som gis bort gratis ved salg eller for å fremme salg ikke kunne regnes som ”bruk” av varemerket for den varekategorien. Dette begrunnes med at disse produktene ikke har til hensikt å komme inn på markedet i denne varekategorien (her alkoholfri drikke) og at å plassere varemerket på produktet ikke har til hensikt å skille det fra andre merkevarer for forbrukeren.⁶⁹ I eBay-saken, premiss 71, tolker Domstolen dette slik at produkter som en merkehaver gir bort gratis til kunder og potensielle kunder for å fremme salget av sine varer, som prinsipp, ikke er brakt på markedet av merkehaveren.

For vareprøver som er merket med ”Not for Sale” og lignende uttrykk er det i Coty Prestige Lancaster Group-saken⁷⁰ premiss 43, gitt uttrykk for at dette er en klar indikasjon på merkehaverens intensjoner med produktet, nemlig at det ikke skal selges.

⁶⁷ Premiss 68-71.

⁶⁸ C-495/07.

⁶⁹ Silberquelle, premiss 21.

⁷⁰ C-127/09.

Dette er en avgjørende faktor som utelukker at merkehaveren indirekte har samtykket til at produktene er ”brakt i omsetning”.

Etter en konkret vurdering av produktene som har blitt solgt på eBay konkluderer Domstolen med at varer som en merkehaver distribuerer til sine forhandlere slik at de kan brukes til demonstrasjoner og i markedsføring av merkevarene ikke er ”brakt i omsetning” som er en forutsetning for konsumpsjon av merkehavers enerett i varemerkedirektivet art. 7 (1).⁷¹

Den refererende domstolen forela for EU-Domstolen et spørsmål om salget av produkter uten emballasje faller inn under varemerkedirektivet art. 7 (2) ved at ”varens tilstand er endret eller forringet” når innpakningen er fjernet.⁷² L’Oréal anførte at innpakningen er en vesentlig del av helhetsinntrykket og imaget til parfyme- og kosmetikkprodukter og at når denne mangler må det regnes som en forringelse av varen. eBay på sin side argumenterte for at det er flasken (eller annen beholder) som er det vesentlige ved imaget til et kosmetikkprodukt, ikke esken denne er pakket i.⁷³ I premiss 78 konkluderer Domstolen med at dette spørsmålet må vurderes konkret for hvert enkelt produkt siden den vesentlige del av imaget vil variere fra produkt til produkt. Et viktig element i denne vurderingen er at det etter Direktiv 76/768/EF om kosmetiske produkter art. 6 (1) er produsenten pliktig til å komme med visse opplysninger om produktet. Ofte vil denne informasjonen være plassert på emballasjen og mangelen på slik informasjon vil kunne skade merkevaren. Domstolen konkluderer med at det er opp til merkehaveren å bevise at slik skade har oppstått. Domstolen avgjør spørsmålet i eBay-saken etter varemerkedirektivet art. 5, men kommer likevel med en uttalelse om at mangel på innpakning kan oppfylle varemerkedirektivet art. 7 (2)

⁷¹ eBay, premiss 73.

⁷² Premiss 50, spørsmål 2-4.

⁷³ Premiss 77.

dersom merkehaveren kan bevise at den manglende emballasjen skader produktets image og dermed varemerkets omdømme.⁷⁴

Spørsmålet er om merkehaveren kan motsette seg, med henvisning til varemerkedirektivet art. 5 (1) (a), salg av merkevarer som ikke er introdusert på markedet i EØS på online markedsplasser som eBay. Domstolens utgangspunkt er at merkehaveren har rett til å kontrollere den første introduksjonen på markedet av et varemerke som er registrert i et av EU-landene. eBay anførte at merkehaveren ikke kan regne med full kontroll over varemerket når produktene som tilbys selges fra tredjeland og ikke nødvendigvis vil bli solgt til land der varemerket er registrert. L'Oréal gir på den andre siden uttrykk for at reglene i varemerkedirektivet gjelder når det er klart at salgstilbudet er rettet mot forbrukere i områder som er dekket av varemerket.

Domstolen aksepterer det siste argumentet med den begrunnelse at en slik situasjon som eBay ønsker vil gjøre det veldig enkelt å omgå EUs immaterialtretsregler. Det ville bare være å opprette en avdeling utenfor EU og tilby varer med beskyttede varemerker derfra og på den måten komme rundt EU-reglene. Dette er ikke en situasjon Domstolen ønsker.⁷⁵

I premiss 64-65 gjør Domstolen det likevel klart at det at en nettside er tilgjengelig fra et EU-land er ikke tilstrekkelig til at nettsiden er rettet mot forbrukere i EU. Det ville føre til den andre ekstremiteten; at EU-retten gjelder i hele verden fordi (nesten) alle nettsider teknisk sett er tilgjengelige fra EU. Domstolen konkluderer med at det er opp til de nasjonale domstolene å avgjøre om et salgstilbud er rettet mot forbrukere i de respektive landene. Dersom tilbudet inneholder detaljer om hvor selgeren er villig til å sende varene er dette et særlig viktig element i denne vurderingen. Jeg regner med at også språk kan være av avgjørende betydning i land som ikke bruker språk med stor geografisk utspredelse (særlig engelsk og spansk).

⁷⁴ Premiss 83.

⁷⁵ Premiss 60-62.

I den konkrete saken konkluderer Domstolen med at nettadressen ”www.ebay.co.uk”, i mangel av bevis for det motsatte, er rettet mot forbrukere i Storbritannia, og at L’Oréals varemerkerettigheter etter art. 5 (1) (a) er krenket.

5 Konklusjon

EU-domstolen har i de drøftede sakene slått fast at tilbydere av hosting-tjenester på Internett ikke selv bruker andres varemerker i sin næringsvirksomhet og dermed krenker merkehaverens enerett til bruk av sitt varemerke i henhold til art. 5.

Tjenesteleverandørene vil også være fritatt for ansvar etter e-handelsdirektivet art. 14 forutsatt at de inntar en nøytral rolle ved at tjenesten er av en ”teknisk, automatisk og passiv” karakter. Det kan likevel virke som at tjenestetilbyderne har blitt mer restriktive med å tillate at deres kunder å bruke varemerker i deres tjenester.

Det er vanskelig å bevise dette, men jeg synes det generelt at det vises færre sponsede annonser når man gjør søk på varemerker i Google. Jeg gjorde noen søk i forbindelse med denne oppgaven og i de fleste tilfeller fikk jeg ikke opp noen, eller veldig få annonser. Det eneste søket som ga mange slike annonser var et søk på varemerket KITCHENAID. Resultatsiden i Google så slik ut:

Google

Søk Omtrent 38 900 000 resultater (0,24 sekunder)

Alt

Bilder

Kart

Videoer

Nyheter

Mer

Oslo

Endre sted

Nettsøk

Sider på norsk

Sider fra Norge

Oversatte sider fra utlandet

Når som helst

Den siste timen

De siste 24 timer

De siste 2 dager

Den siste uken

Den siste måneden

Det siste året

Egendefinert datoområde

Alle resultater

Nettsteder med bilder

Flere søkeverktøy

annonser for kitchenaid Hvorfor vises disse annonsene?

[Stort utvalg i KitchenAid | kitchn.no](#)
www.kitchn.no/
Stort utvalg i kjøkkenmaskiner. Kampanjepriser. Gratis frakt!
+ [Vis kart over Vitaminveien 7-9, Oslo og forekomster av kitchn.no i nærheten](#)

[KitchenAid Blender - På lager - sendes samme dag.](#)
www.jernia.no/KitchenAid-blender
45 dager returrett & rask levering.
→ [Nettbutikk med 45 dager returrett - Dagens tilbud i nettbutikken](#)

[KitchenAid kampanje | Ting.no](#)
www.ting.no/
Kampanjepriser på KitchenAid og fri frakt på ordre over 1000 kr.

[KitchenAid- Home Page](#)
www.kitchenaid.no/
Registrert varemerke/Varemerke/mikserformen er et varemerke tilhørende KitchenAid USA. KitchenAid-lisens i Storbritannia. Alle andre varemerker tilhører sine ...
→ [KitchenAid ... - Registrer det nye produktet ditt - Kontakt oss - Nettstedkart](#)

[KitchenAid: Kitchen Appliances & Accessories | Stand Mixers ...](#)
www.kitchenaid.com/ - Oversett denne siden
Shop online for KitchenAid Appliances and Accessories including stand mixers, dishwashers, refrigerators and microwaves.
→ [KitchenAid Products - Cooking Appliances - KitchenAid Support - Stand Mixers](#)

[KitchenAid | Sammenlign og kjøp Kitchenaid produkter - Kelkoo](#)
www.kelkoo.no > Merker > K
Se produkter fra Kitchenaid sortert etter populære tilbud, kategorier og populære søk etter Kitchenaid. Sammenlign pris og kjøp de Kitchenaid produktene du ...

[KITCHENAID: produkter billig online. Kjøp KITCHENAID til lave ...](#)
www.pixmania.com/no/no/kitchenaid/1622/marque.html
KITCHENAID: produkter billig online. Kjøp KITCHENAID til lave priser hos Pixmania! :
Alle produkter fra KITCHENAID. Vakker design, strålende farger og ...

[ShopKitchenAid.com: KitchenAid's Official Online Store for ...](#)
www.shopkitchenaid.com/ - Oversett denne siden
Official KitchenAid Store: Shop for Stand Mixers, Hand Mixers, Blenders, Food Processors, Stand Mixer Attachments & Accessories, Coffee Makers and More!

annonser - Hvorfor vises disse annonsene?

[Kjøp - KitchenAid](#)
www.nettonnet.no/KitchenAid
Lave priser og stort sortiment.
Sjekk alltid med oss først!

[KitchenAid](#)
www.pixmania.com/
Hele produktutvalget til KitchenAid
Garantert lave priser. Lagervare.

[KitchenAid Kjøkkenmaskin](#)
www.komplett.no/KitchenAid
Nå også hos Komplett.no.
Bestill KitchenAid Her.

[KitchenAid](#)
www.kelkoo.no/KitchenAid
Finn de beste prisene på nettet
Kelkoo - Søk. Finn. Kjøp

[KitchenAid - Fri frakt.](#)
www.royaldesign.se/
Sveriges største designbutikk
Design til rett pris. Bestill her..

[KitchenAid Heavy Duty Pro](#)
www.spar-momsen.dk/
Prof. kjøkkenmaskine med 2 Skåle.
Vejl. 6329.-. Vores pris 4999.-

[KitchenAid Blender](#)
www.epriser.no/
Finn den beste prisen!
Søk i våre nettbutikker.

[Blender KitchenAid](#)
www.handlesmart.no/Blender+KitchenAid
Finn et bra tilbud online
Spar penger med Handlesmart

[Se annonsen din her »](#)

De sponsede annonsene inneholder reklame for nettbutikker som selger KitchenAids produkter, men også for auksjonssteder der disse produktene ligger ute for salg. Uten å ha sjekket innholdet i alle annonsene antar jeg at dette i stor grad er salg av brukte varer, og annonsering for salg av disse er tillatt i henhold til vml. § 6.

Tidligere kjøpte eBay annonseplass på søkemotorer som Google for å reklamere for varer som var til salgs på deres nettsider. Det kan synes som denne praksis er opphørt. Jeg forsøkte å søke på flere kjente varemerker, blant annet de som var omtalt i eBay-saken, for å se om jeg fikk opp noen annonser fra eBay, men jeg fikk ikke opp noen. Jeg fikk derimot opp andre sider som selger kosmetikkprodukter, blant annet www.parfymesalg.no og www.strawberrynet.com. Dette er ikke online markedsplasser som tilbyr hvem som helst annonseplass for salg av varer, men nettbutikker som selger kosmetikk. Dette tyder på at eBay har tatt til seg at de opptrer som annonsør når de bruker søkeordsbasert annonsering for å reklamere for produkter til salgs på sine nettsider, og dermed kan risikere å krenke en merkehavers eksklusive rettigheter til

sitt varemerke. For en online markedsplass som tilbyr sine tjenester til både små og store aktører vil det alltid være en viss risiko for at noen av produktene som legges ut for salg krenker andres varemerkerettigheter. Når markedsplassen også kan anses for å bruke varemerket i sin næringsvirksomhet når den aktivt reklamerer for varer som er til salgs på nettsiden involverer det en betydelig risiko å bruke søkeordsbasert annonsering. Det er heller ikke usannsynlig at merkehaverne hvis varemerker har blitt krenket vil foretrekke å gå til sak mot en økonomisk sterk aktør som eBay for å kreve en evt. erstatning. For å unngå å risikere å bli erstatningspliktig overfor merkehaver som følge av søkeordsbasert annonsering kan det virke som de største aktørene innen nettsalg utviser forsiktighet i sin bruk av andres varemerker for annonsering.

Det er også sannsynlig at mange annonsører har blitt mer bevisste og forsiktige i sin bruk av søkeordsbasert annonsering etter avgjørelsene i EU-Domstolen.

Sakene som har vært avgjort i EU-Domstolen omhandler ikke norske forhold direkte, og det er mange spørsmål som overlates til de nasjonale domstolene å avgjøre etter retningslinjer fra EU-Domstolen. Av hensyn til harmoniseringen av varemerkelovgivningen i EØS-området er det likevel sannsynlig at norske domstoler vil legge betydelig vekt på EU-Domstolens avgjørelser dersom det skulle komme opp saker om bruk av varemerker i søkeordsbasert annonsering eller online markedsplasser her i landet.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

Lassen, Stenvik (2011) – Lassen, Birger Stuevold og Stenvik, Are – *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011

6.2 Artikler

Balstad (2001) – Balstad, Just – *Digitale mellomledds ansvar for formidling av ytringer over Internett* – Kritisk Juss 2001 s. 68-76.

Riis (2010) – Riis, Thomas – *Søgeordsbaseret reklamering og EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google AdWords)* – Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (NIR) 2010 nr. 3 s. 246-263.

Stenvik (2010) – Stenvik, Are – *Bruk av andres varemerker ved søkemotorannonsering* – Lov og Data 2010 nr. 104 s. 29.

6.3 Lover

2010 Lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven/vml.) av 26. mars 2010

2003 Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992

1961 Lov om varemerker av 3. mars 1961

6.4 Internasjonale traktater og direktiver

Lisboa-traktaen

Maastricht-traktaten

Rådskonferansen (EF) nr. 207/2009 av 26. februar 2009 om fellesskapsvaremerker

Rådsdirektiv 2008/95/EF - Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2008/95/EF av 22. oktober 2008 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker (Varemerkedirektivet)

Håndhevelsesdirektivet – Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/48/EF om håndheving av immaterielle rettigheter ble vedtatt 29. april 2004

Rådsdirektiv 2000/31/EF - Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked (« Direktivet om elektronisk handel ») (E-handelsdirektivet)

Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/48/EF av 20. juli 1998 om endring av direktiv 98/34/EF om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter

Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/34/EF av 22. juni 1998 om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter

Rådsdirektiv 89/104/EØF – Første Rådsdirektiv av 21. desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker (Varemerkedirektivet av 1988).

6.5 Forarbeider

Ot.prp.nr.98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)

Ot.prp.nr.4 (2003-2004). Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

Ot.prp.nr.31 (2002-2003) Om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)

Innstilling til lov om varemerker, Bergen 1958

6.6 Dommer

Rt. 2002 s. 391

Rt. 1997 s. 1954

Sak C-324/09 – L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl. Avsagt 12.juli 2011. (eBay)

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen fremsat den 9. december 2010.
L'Oréal SA m.fl. mod eBay International AG m.fl. (Dok.nr. 62009CC0324)

Sak C-127/09 – Coty Prestige Lancaster Group GmbH v Simex Trading AG. Avsagt 3. juni 2010. (Coty Prestige Lancaster Group)

Sak C-558/08 - Portakabin Ltd and Portakabin BV v Primakabin BV. Avsagt 8. juli 2008. (Portakabin)

Sak C-326/08 - Google France SARL og Google Inc. mod Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL mod Viaticum SA og Luteciel SARL (C-237/08) og Google France SARL mod Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL m.fl. (C-238/08). Avsagt 23. mars 2010. (Google)

Sak C-495/07 – Silberquelle GmbH mod Maselli-Strickmode GmbH. Avsagt 15. januar 2009. (Silberquelle)

Sak C-487/07 - L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC og Laboratoire Garnier & Cie mod Bellure NV, Malaika Investments Ltd og Starion International Ltd. 18. juni 2009. (L'Oréal and Others)

Sak C-553/06 - O2 Holdings Limited and O2 (UK) Limited v Hutchison 3G UK Limited. Avsagt 12 juni 2008. (O2 Holdings)

Sak C-17/06 - Céline SARL v Céline SA. Avsagt 11 september 2007. (Céline)

Sak C-206/01 - Arsenal Football Club plc mod Matthew Reed. Avsagt 12. november 2002. (Arsenal)

Sak C-40/01 – Ansul BV v Ajax Brandbeveiliging BV. Avsagt 11 mars 2003.

(MINIMAX)

Sak C-291/00 – LTJ Diffusion SA v Sadas Vertbaudet SA. Avsagt 20. mars 2003.
(Arthur et Félice)

Sak C-273/00 Sieckmann – Ralf Sieckmann mod Deutsches Patent- und Markenamt.
Avsagt 12. desember 2002. (Sieckmann)

6.7 Nettsider

Search Engine Market Share for March 2012, <http://marketshare.hitslink.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4> [Sitert 24. April 2012]

Googles teknologioversikt,
<http://www.google.no/intl/no/about/corporate/company/tech.html> [Sitert 24. april 2012]

Googles sider om AdWords,
https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adwords&hl=no_NO<mpl=regionalc&passive=true&iffr=false&alwf=true&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone%26ltmpl%3Dregionalc&sacu=1&sarp=1&sourceid=awo&subid=no-no-et-symh [Sitert 24. april 2012]

Googles årsrapport 2011 side 56,
<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000119312512025336/d260164d10k.htm> [Sitert 24. april 2012] Se <http://www.ub.uio.no/skrive-referere/hvordan-referere/>

eBays brukeravtale, <http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html>

7 Lister over tabeller og figurer m v

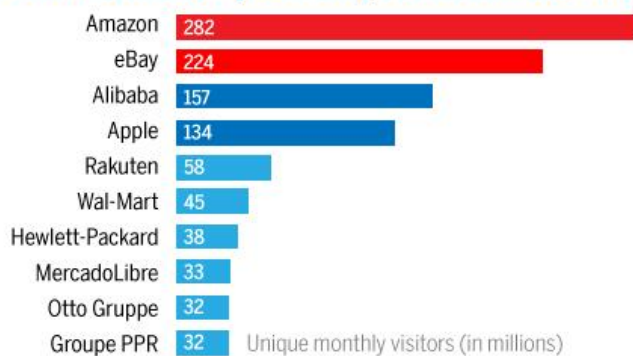
Desktop Search Engine Market Share

March, 2012



Search Engine	Total Market Share
Google - Global	79.86%
Yahoo - Global	6.79%
Baidu	6.48%
Bing	4.56%
Ask - Global	0.56%
AOL - Global	0.40%
Excite - Global	0.02%
Lycos - Global	0.01%

Amazon and eBay lead in global traffic to e-commerce sites



Amazon and eBay attract the most unique visitors each month to their global e-commerce sites. China's Alibaba is third and Japan's Rakuten fifth.

Source: comScore, June 2011